

2018 - 10 - 24

Revista española de Derecho Administrativo

2017

Núm. 188 (Octubre-Diciembre 2017)

Estudios

4. Cambios de modelo retributivo de la generación renovable en España. La confianza del inversor frente al riesgo regulatorio. (ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ)

4 Cambios de modelo retributivo de la generación renovable en España. La confianza del inversor frente al riesgo regulatorio. *)

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

Investigador FPU (MECD) Universidad de Almería

ISSN 0210-8461

Revista española de Derecho Administrativo 188
Octubre - Diciembre 2017

Sumario:

- I. Introducción. Los mecanismos de apoyo a la producción renovable
- II. El régimen de ayudas a la producción renovable
 - 1. Marco jurídico europeo
 - 1.1. Evolución normativa
 - 1.2. La prohibición de ayudas de Estado en el TFUE
 - 1.3. La compatibilidad de las ayudas con el mercado único en materia de energía
 - A. Ayudas a la inversión
 - B. Ayudas de funcionamiento
 - 1.4. El deber de notificación de las ayudas
 - 1.5. Breve referencia al paquete de invierno de 2016
 - 2. Marco jurídico español
 - 2.1. Evolución normativa. Visión general
 - 2.2. Nociones generales sobre el actual régimen económico de la generación renovable
 - 2.3. Distribución de competencias en materia de concesión de primas a instalaciones de producción renovable
- III. Debate acerca de la posible vulneración de principios del derecho. Pronunciamientos recientes de la jurisprudencia

1. Aspectos introductorios
 2. Posición defendida por el sector inversor renovable
 - 2.1. Principio de seguridad jurídica
 - 2.2. Principio de confianza legítima
 - 2.3. Principio de irretroactividad
 3. Respuesta de la jurisprudencia
 - 3.1. Tribunal Constitucional
 - 3.2. Tribunal Supremo
 - 3.3. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
 - 3.4. Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- IV. Naturaleza jurídica de los sistemas de apoyo a generación renovable
1. Posible carácter contractual en la relación Estado-inversor
 2. «Ius variandi» y la necesidad de restablecimiento del equilibrio económico
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

RESUMEN:

La legalidad de la normativa vigente en materia de retribución renovable constituida por la Ley 24/2013 y por el Real Decreto 413/2014 se ha puesto en entredicho por la comunidad científica. El extinto régimen especial de retribución ha experimentado progresivas limitaciones y reducciones de ayuda pública hasta cristalizar en el actual régimen específico. Así, el presente trabajo analiza el conflicto de intereses suscitado entre, de un lado, la seguridad jurídica y confianza legítima que debe proteger a todo operador que decida invertir en producción de origen renovable y, de otro, la necesidad de adecuación de su régimen retributivo al devenir tecnológico y económico. Para ello, es imprescindible analizar la posición del sector inversor renovable y las diversas reflexiones doctrinales defendidas en la materia, así como el posicionamiento de la más reciente jurisprudencia. Veremos que se encomienda a los tribunales la difícil tarea de calificar los cambios normativos como posibles vulneraciones de consagrados principios generales del derecho.

PALABRAS CLAVE: Energías renovables - Retribución renovable - Real Decreto Ley 9/2013

ABSTRACT:

The current legal framework for renewable energy which consists on the Law 24/2013 and the Royal Decree 413/2014 has given rise to a great deal of debate and much concern. The Spanish renewable energy regime has experienced an important disincentive the obtaining of a retribution for renewable electricity installations. Therefore, this paper analyzes the conflict of interests between, on the one hand, the legal certainty and legitimate expectations principles and, on the other hand, the need to adapt the compensation system to the technological and economic development. To this end, it is necessary to analyze the position of the private sector investment in renewable energy and the several doctrinal foundations in this matter, as well as the positioning of the most recent jurisprudence. We will see that the courts have the difficult task of describe the regulatory changes as possible infringements of the general principles of law.

KEYWORDS: Renewable energy - Feed in Tariff - Royal Decree Law 9/2013

RENOVABLE

En la actualidad, nuestro modelo energético experimenta un aumento progresivo del consumo basado en recursos finitos, fundamentalmente combustibles fósiles, que ofrece en consecuencia un escenario desolador e insostenible en el largo plazo.

Para hacer frente a este modelo, los principales campos de actuación sobre los que se puede incidir son: la demanda y la oferta. De un lado, las actuaciones sobre la demanda van encaminadas a alcanzar niveles óptimos de eficiencia energética¹⁾, y, de otro, las medidas que inciden sobre la oferta caminan hacia la descarbonización, el apoyo a la energía nuclear, la reducción del CO₂ y, destacadamente, el fomento del uso de las energías renovables; cuestión esta última que será objeto de estudio en el presente trabajo.

Las energías renovables contribuyen singularmente a la consecución del objetivo de producción con energía verde de un 20 % fijado para 2020 por la *Estrategia energética de la Unión Europea* ²⁾, así como al cumplimiento de otros objetivos de política energética que persiguen la configuración de un mercado interior de la energía competitivo, seguro y sostenible medioambientalmente³⁾.

Es por ello que, en este contexto, es necesario que el regulador adopte medidas de apoyo a la producción renovable, ya que, generalmente, presentan costes totales mayores que los que emplean las tecnologías convencionales. El mercado eléctrico no puede funcionar sin reglas y operadores (del mercado y del sistema), así como tampoco puede prescindir de apoyar a aquellas tecnologías más caras o ineficientes⁴⁾.

La normativa comunitaria en materia de fomento de uso de energías renovables, principalmente entre los años 2001 y 2009, han conferido a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre varios sistemas de apoyo a la generación de energía eléctrica basada en fuentes renovables. Estos mecanismos se pueden clasificar atendiendo, de un lado, a la actuación sobre el precio o retribución regulada (*precios regulados*) y, de otro, a la incidencia sobre el nivel de potencia o generación (*cantidades reguladas*). Me refiero a ellos a continuación:

– *Sistema de regulación de precios* . Los Estados podrán actuar en una fase inicial, basada en la inversión, por medio de la configuración de subvenciones y ayudas o desgravaciones fiscales. Se trata de medidas de apoyo directo. De otro lado, podrán optar por un sistema de apoyo que despliegue su funcionalidad en un momento posterior, basado en la generación, a través de las tarifas o primas reguladas ⁵⁾.

Todas estas formas de apoyo basadas en precios regulados se caracterizan por dejar en manos del mercado la fijación de la cantidad de potencia a instalar.

– *Sistema de regulación de cantidades* . Los Estados podrán actuar, también, en una fase inicial, basada en la inversión, mediante la adopción de un mecanismo de apoyo directo, las subastas. De otro, se podrá intervenir en un momento posterior, basado en la generación, por medio de las cuotas y certificados verdes.

En este caso, será la fijación del precio la que se despache en el mercado.

El Estado español, como refleja el devenir normativo entre los años 1997 y 2012, optó prematuramente por un mecanismo retributivo basado en los precios, esto es, un sistema de tarifa o prima regulada que se suman al precio de mercado de la energía.

Sin embargo, cabe significar que, en la medida en que el triple objetivo de política energética citado SUPRA (competitividad, seguridad y sostenibilidad) no puede desarrollarse simultáneamente en un mismo espacio temporal, la UE debe inclinarse en

cada momento por uno de ellos, apostando actualmente por el de la competitividad, esto es, la plena integración de unas energías renovables cada vez más competitivas en el mercado⁶⁾; lo que ha cristalizado, desde el año 2007, en un proceso de progresiva disminución de las ayudas públicas a favor de determinadas tecnologías de producción de electricidad a través de fuentes de energía renovable (como, por ejemplo, la solar y la eólica).

En 2013, el regulador español decide eliminar la opción de mercado más prima y crea un régimen económico de las energías renovables, cogeneración y residuos basado en una retribución de acuerdo a una rentabilidad razonable definida por el Gobierno⁷⁾.

Ello ha generado un clima de tensión entre los empresarios del sector. Las pretensiones de estabilidad adquiridas por estos al momento de realizar sus inversiones se ven frustradas con ocasión de las fluctuaciones normativas del régimen primado renovable acontecido en los últimos años; las cuales vienen motivadas por las propias circunstancias cambiantes del sector energético y, sobre todo, por el cuantioso montante de déficit tarifario imputable al sistema económico eléctrico español.

En adelante, vemos cómo el alcance de las medidas adoptadas en materia de ayudas a la producción renovable, y su afectación a los titulares de las instalaciones de generación, debe precisarse de conformidad con lo establecido no solo en la disposición que la nueva norma modifique sino en todas las normas que también van a afectar indirectamente a la cuestión⁸⁾.

Así, el presente trabajo tiene por objeto principal analizar el conflicto existente entre la seguridad jurídica que precede y acompaña a toda inversión y la también necesaria adecuación de las primas de apoyo a las energías renovables en un paradigma tecnológico y económico cambiante; lo que se convierte, en otras palabras, en un análisis jurídico del riesgo regulatorio a que está sometido el sector inversor renovable con ocasión de los numerosos cambios normativos acaecidos.

Además, para realizar este análisis, deviene esencial examinar la visión actual de los tribunales, a quienes, como veremos, se encomienda la ardua labor de pronunciarse acerca de la posible vulneración de principios del derecho sólidamente consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL RÉGIMEN DE AYUDAS A LA PRODUCCIÓN RENOVABLE

1. MARCO JURÍDICO EUROPEO

1.1. Evolución normativa

Los cambios normativos en materia de ayuda a la producción renovable que han tenido lugar en los últimos años son el resultado de un proceso que tuvo origen en el año 1994 con las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente⁹⁾. Desde la adopción de estas directrices, y sobre todo desde la conclusión del Protocolo de Kioto, las normas medioambientales han evolucionado por iniciativa de cada Estado y de la propia UE hacia un modelo basado en nuevas formas de ayuda poco utilizadas hasta el momento; destaca la creación de medidas como desgravaciones y exenciones fiscales y otras nuevas formas de ayuda de funcionamiento.

En 2001 se aprueban unas nuevas Directrices comunitarias¹⁰⁾ sustituyendo a las anteriores, sobre todo con ocasión del incremento de la inversión de los Estados en materia de energías renovables. Les siguieron las Directrices del año 2008¹¹⁾ para dar un impulso muy significativo a las energías renovables; a lo que contribuyó favorablemente

la aprobación de la [Directiva 2009/28/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables¹²⁾. Todo ello provocó un aumento del precio de la energía para el consumidor final, lo que, unido a la mayor competitividad de ciertas tecnologías, que ven reducidos sus costes notablemente, cristalizó en las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020¹³⁾. La nueva norma estará en vigor hasta el año 2020 y es más restrictiva en lo que a concesión de ayudas a la producción renovable se refiere.

1.2. La prohibición de ayudas de Estado en el TFUE

Para que una intervención pública incurra en prohibición de ayudas de Estado es necesario que, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 107.1](#) del TFUE, los fondos procedan del Estado, otorguen ventaja a las empresas, beneficie solo a algunas empresas y falseen o amenacen falsear la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados.

En primer lugar, « (...) serán incompatibles con el mercado interior (...) las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma (...) ». El precepto define como ayuda la concedida por el Estado, que comprende la autoridad nacional, autonómica y local¹⁴⁾, o por entidades u organismos públicos o privados distintos del Estado y designados por éste; por tanto, puede observarse que el Estado podrá otorgar ayudas de forma directa e indirecta, respectivamente. También será necesario que la ayuda sea imputable al Estado.

Por otro lado, serán ayudas otorgadas mediante fondos estatales, que podrán ser aportados por transferencia o por renuncia del Estado a los que le correspondan, aquellas que no procedan directamente de los Presupuestos Generales del Estado¹⁵⁾.

Seguidamente, estas ayudas deberán ser concedidas « favoreciendo a determinadas empresas o producciones ». Se trata de una ayuda específica que beneficia, sin motivo suficientemente justificado, a unas empresas y no a otras que se encuentren en la misma situación. La empresa destinataria de la ayuda, entendida como aquella entidad que ejerce una actividad económica, va a recibir una ventaja que no hubiera obtenido en condiciones normales de libre mercado. La actividad económica consiste en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado, siendo independiente la forma jurídica que revista la entidad y su modo de financiación. Asimismo, para valorar la existencia o no de la ventaja, se atenderá al denominado « criterio del inversor privado », el cual dispone que el Estado que actúe como un inversor privado en condiciones de mercado no estará « ayudando » en los términos aquí estudiados¹⁶⁾.

En este orden de cosas, este « favorecimiento a determinadas empresas o producciones », incluso sin incurrir en prohibición de ayuda de Estado, que la regulación de un sistema de primas proyecta sobre el sector de la producción renovable, provocando que unas tecnologías compitan con subvenciones frente a otras sin ellas, pone en duda la existencia de un verdadero mercado de producción liberalizado. En este escenario, la casación de oferta y demanda que despacha el operador del mercado (OMIE) no es la que determina el precio real diario de la electricidad, así como tampoco lo es la expulsión del mercado de las tecnologías menos eficientes¹⁷⁾.

El citado precepto continúa disponiendo que las ayudas serán incompatibles con el mercado « (...) en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros (...) » cuando « (...) falseen o amenacen falsear la competencia (...) ». Toda acción que provoque una afectación sustancial a los intercambios comerciales cristaliza en un falseamiento de la competencia, aunque ello no sucederá en el caso inverso¹⁸⁾. Bastaría

con que la empresa compita en un sector abierto a la libre competencia, como es el caso que nos ocupa de la actividad de producción de electricidad.

Destacadamente, tras la pertinente comunicación por parte del Estado español, la Comisión Europea, en fecha 13 de febrero de 2015, abrió un « *procedimiento de examen preliminar de ayuda de Estado* » previsto en el [artículo 108](#) TFUE respecto del régimen retributivo regulado en el [Real Decreto 413/2014, de 6 de junio](#), y la [Orden IET/1045/2014, de 16 de junio](#)¹⁹⁾. Con base a ello, la Abogacía del Estado español presentó un escrito, en fecha 23 de abril de 2015, solicitando al Tribunal Supremo la paralización del cuantioso número de recursos presentados por inversores renovables contra los recortes practicados por el Estado acontecidos en los últimos años en tanto se desarrolle este examen preliminar.

Así, cabe significar que aunque el TS ha rechazado la pretensión de suspensión de la Abogacía del Estado²⁰⁾, la Comisión deberá pronunciarse aún acerca de la posibilidad de que el Gobierno español incurra en prohibición de ayuda de Estado; cuestión sobre la cual ningún Gobierno ha dudado a lo largo de tantos años de apoyo normativo al desarrollo de las energías renovables. Por tanto, si la Comisión tiene dudas acerca de la compatibilidad de las ayudas, deberá abrir una investigación en profundidad de conformidad con el [artículo 108](#) del TFUE²¹⁾; y si, finalmente, califica la ayuda como ilegal, requerirá al Estado en cuestión para que recupere la ayuda con sus intereses correspondientes del beneficiario, salvo que ello atente contra principios generales del Derecho de la Unión²²⁾. Destacan los pronunciamientos recientes de la jurisprudencia sobre el caso alemán²³⁾.

El problema es que no existe un plazo legal para este pronunciamiento de la Comisión, lo que en muchas ocasiones, y sobre todo cuando hay falta de cooperación por parte del Estado miembro en cuestión, provoca dilaciones muy significativas.

1.3. La compatibilidad de las ayudas con el mercado único en materia de energía

Los postulados definidos en la Estrategia Energética de la Unión Europea, esto es, en las Directrices de 2014, definen los parámetros a observar acerca de la compatibilidad de las ayudas con el mercado y la competencia. Estas disposiciones caminan hacia el denominado Marco 2030, donde se pretende que las energías verdes sean competitivas en la red, de manera que quede garantizada una progresiva minoración de subvenciones, dejando paso a una transición energética rentable basada en mecanismos de mercado como las subastas o procedimientos de licitación de productores, y logrando que los operadores compitan sin agravios comparativos dentro del Espacio Económico Europeo²⁴⁾.

Para realizar el análisis de la compatibilidad de las ayudas con el mercado, debemos remitir a las Directrices de la Comisión, y, específicamente, a su sección sobre « *Disposiciones generales de compatibilidad* », que, como veremos, serán de aplicación a los dos tipos de ayuda existente: a la inversión y al funcionamiento.

Se trata, como parte de la doctrina ha defendido, de valorar si las ayudas se adecúan a estos principios, lo que denominan « *prueba de sopesamiento* » (en inglés, *balancing test*), a través de la cual se conseguirá ponderar los efectos positivos y negativos de las medidas adoptadas. Se trata de una valoración inspirada en el denominado « *test alemán de la proporcionalidad* »²⁵⁾.

Además de estos principios vertebradores comunes a ambas modalidades de ayuda, encontramos especificidades propias de cada una por separado.

A. Ayudas a la inversión

En los apartados 31 a 115 de las Directrices localizamos aquellos aspectos sobre los que se deben pronunciar los Estados acerca de la compatibilidad de sus ayudas a la inversión con el mercado y la competencia. Además, los Estados, en cumplimiento del principio de transparencia, deberán publicar toda la información sobre las ayudas concedidas en los términos exigidos en las Directrices.

Así, los Estados deberán definir con precisión los puntos a que nos referimos a continuación:

- Explicar con alto grado de detalle el objetivo de interés común que se persigue con la ayuda y las expectativas de contribución de ésta a aquel.
- La necesidad de las medidas, debiendo justificar que éstas reporten mejoras que el mercado no pueda alcanzar por sí solo. Para el caso que nos ocupa relativo a ayudas a renovables, los Estados deberán demostrar que el mercado adolece de deficiencias residuales, frente a las cuales no se han adoptado medidas de otra naturaleza, que impiden el correcto devenir de la actividad de producción mediante fuentes de energía renovable; quedando así justificada la medida de apoyo a producción renovable como mecanismo de intervención destinado a corregir las deficiencias del mercado.
- La idoneidad de la ayuda. El Estado deberá optar por el formato de ayuda que implique menor falseamiento de la competencia. Para ello, el Estado debe justificar, de un lado, el porqué de la intervención mediante ayuda pública, y, de otro, la identificación de la ayuda en cuestión como la menos lesiva para el mercado. Asimismo, deberá demostrar que los efectos positivos de la ayuda prevalecen sobre los negativos.
- El carácter incentivador de las ayudas. La Comisión Europea se ha pronunciado acerca de la falta de carácter incentivador si el destinatario de la ayuda ya hubiera empezado su proyecto antes de solicitar la misma.
- La proporcionalidad de la ayuda, entendida como tal cuando la cuantía sea la mínima para lograr el objetivo energético. Esa proporcionalidad debe fijarse atendiendo a los costes subvencionados y en función de la intensidad de la ayuda. Con carácter general, el nivel de intensidad de las ayudas para resultar compatibles será del 65, 55 y 45 %, en grandes, medianas y pequeñas empresas, respectivamente²⁶). Por debajo de estos porcentajes, y también con carácter general, como veremos INFRA, desaparece la obligación de notificación para el Estado.

B. Ayudas de funcionamiento

Para identificar los puntos sobre los que deben pronunciarse los Estados en relación a las ayudas de funcionamiento, debemos acudir al contenido del apartado 3.1. de las Directrices, relativo a « *Principios comunes de evaluación* ». En este sentido, puede observarse que los principios que vertebran la configuración de este tipo de ayudas son los mismos que aquellos previstos para ayudas a la inversión. Aunque para esta modalidad de ayuda, que persigue cubrir gastos normales de funcionamiento, el carácter incentivador supone la comprobación de que la ayuda no se otorgó con anterioridad a la puesta en funcionamiento de la instalación; pues, de lo contrario, estaríamos ante una ayuda a la inversión que sí incentiva un objetivo beneficioso, y no meros gastos corrientes de puesta en marcha.

En relación al principio de proporcionalidad, la Comisión considerará la ayuda como tal cuando los procedimientos estén abiertos a todas las empresas de generación renovable,

de lo contrario, esto es, de existir requisitos discriminatorios para el acceso a dicho procedimiento, no se respetarían las exigencias de un mercado en libre competencia. Aunque, sin perjuicio de ello, el procedimiento podrá estar limitado a tecnologías específicas cuando un procedimiento abierto a todas las empresas productoras pudiera arrojar un resultado que no se considere óptimo (como el potencial de una nueva tecnología, necesidades de diversificación, etc.).

Esta modalidad de ayuda parece respaldar artificialmente la actividad industrial de producción de una empresa que, de no contar con ella, posiblemente devendría en quiebra. Por tanto, el efecto positivo de estas ayudas desaparece si se suprimen las medidas. Es por ello que las Directrices definen requisitos de autorización de mayor rigor que los previstos para ayudas a la inversión.

Específicamente, el epígrafe 3.3.2.1 lleva por rúbrica « *Ayudas de funcionamiento concedidas a la energía producida a partir de fuentes de energía renovables* ». Se persigue garantizar el objetivo principal de integración renovable en el mercado pasando de un sistema de ayuda en forma de prima a uno basado en procesos de licitación que atienda a criterios claros, transparentes y no discriminatorios. Excepcionalmente, no será necesaria la licitación si el Estado demuestra que existe un número limitado de proyectos subvencionable, que ésta pueda suponer un incremento de la ayuda o que las pujas pudieran ser insuficientes. Cuando no se otorgue la ayuda a través de un procedimiento de licitación competitivo serán aplicables determinadas reglas más restrictivas, contenidas en los apartados 124, 125 y 131 de las Directrices, como son: que la ayuda no suponga una retribución por encima del precio de mercado, la actualización anual de costes de producción y que las ayudas solo se concedan hasta la amortización de la instalación.

1.4. El deber de notificación de las ayudas

Los Estados miembros deben notificar a la Comisión las ayudas adoptadas en su territorio, demostrando su compatibilidad con el mercado y la competencia. Como regla general, deberán notificar cualquier proyecto de ayuda y esperar a su aprobación para proceder a su ulterior otorgamiento²⁷. Este examen de la Comisión, que puede consistir en una investigación formal a fondo o en una mera autorización, se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el [Reglamento \(UE\) 2015/1589](#) del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del [artículo 108](#) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁸.

Si los Estados no respetan este cauce procedimental, la ayuda será calificada como ilegal, aunque ésta fuera compatible con el mercado interior, es decir, aun no incurriendo en la prohibición de ayuda de estado a que nos referimos SUPRA.

Sin embargo, excepcionalmente, el [Reglamento \(UE\) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014](#), por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los [artículos 107](#) y [108](#) del Tratado²⁹, establece exenciones de esta obligación de notificación para determinadas ayudas, denominadas « *exenciones por categorías* ». Me refiero a ellas a continuación.

El considerando 60 dispone que « *A fin de lograr los objetivos de la Unión en materia de energías renovables establecidos en la [Directiva 2009/28/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (...) las ayudas concedidas a las inversiones que apoyen la energía procedente de fuentes renovables deben beneficiarse de la exención por categorías* ». Asimismo, de

conformidad con lo establecido en el considerando 61, esta exención se aplicará « a las ayudas de funcionamiento para instalaciones de pequeña escala que producen energía renovable, con sujeción a condiciones bien definidas, habida cuenta de su limitado potencial de falseamiento del comercio y la competencia (...) », mientras que las instalaciones de mayor tamaño solo se beneficiarán de la exención « cuando el falseamiento de la competencia sea limitado ». Otra proyección del régimen de exenciones por categorías, como establece el considerando 68, afectará a « (...) las ayudas estatales para apoyar la realización de estudios medioambientales destinados a propiciar las inversiones en protección del medio ambiente (...) » que, por tanto, pueden tener como destinatario a instalaciones de producción de energía renovable de pequeño o, incluso, gran tamaño. Habrá que diferenciar entre dos tipos de ayuda:

i) Ayudas a la inversión

El articulado del Reglamento dispone que las ayudas a la inversión para la promoción de la energía procedente de fuentes renovables será compatible con el mercado interior y no estarán sujetas a la obligación de notificación cuando se concedan a nuevas instalaciones. Para ello, en los términos previstos en el [artículo 41.6](#), es necesario que la intensidad de la ayuda, con carácter general, sea del 45 % o del 30 % de los costes subvencionables, pudiendo incrementarse estos porcentajes en 20 y 10 puntos si las ayudas se conceden a pequeñas empresas o medianas, respectivamente. También se aplicará la exención cuando se trata de ayudas concedidas en el marco de un proceso de licitación, se podrá alcanzar el 100 % de los costes subvencionables.

ii) Ayudas de funcionamiento

Por lo que se refiere a las ayudas de funcionamiento a las energías renovables, el artículo 42 dispone que éstas se concederán mediante un procedimiento de licitación atendiendo a criterios claros, transparentes y no discriminatorios, y además será un procedimiento limitado a tecnologías específicas. Por su parte, en relación a las instalaciones de pequeña escala, el [artículo 43](#) establece que la exención será efectiva cuando se trate de instalaciones con una capacidad de generación instalada inferior a 500 kW o, cuando es producción eólica, de 3 MW. Además, como dispone el [artículo 4.1.v](#)), para que la exención sea operativa, no podrán superarse los umbrales de 15 millones de euros por empresa y por proyecto y 150 millones de euros por año si se trata de un procedimiento de licitación conforme al [artículo 42](#).

1.5. Breve referencia al paquete de invierno de 2016

La Comisión Europea ha articulado una reforma de la [Directiva 2009/28/CE](#) relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables a través del denominado « Winter Package ». La Comisión ha publicado, en fecha 30 de noviembre, su propuesta para la nueva «Directiva sobre Fuentes de Energía Renovables (RED)³⁰⁾», que deberá ser aprobada por el Consejo (Estados Miembros) y Parlamento Europeo en los próximos años.

Ya se anuncian cambios sustanciales de la Directiva 2009/28/CE. Quedarán derogados los artículos 3, 4, 16 (1-8), 22, 23, 24 y 26; así como revisados parcialmente los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 25, 25a, 27, 28, 29).

El nuevo artículo 4 de la Directiva se refiere al apoyo financiero para la electricidad procedente de fuentes de energía renovable. Éste se diseñará con el objetivo de evitar distorsiones innecesarias en el mercado y a través de un procedimiento abierto, transparente, competitivo, no discriminatorio y rentable³¹⁾.

Asimismo, el artículo 6 persigue garantizar que las condiciones vinculadas a las ayudas otorgadas por los Estados a proyectos de energía renovable no se puedan modificar afectando negativamente a los proyectos ya aprobados³².

En definitiva, la normativa persigue una mayor cooperación entre los Estados miembros en cuanto a comercio transfronterizo y al fomento de la electricidad procedente de energías renovables. Todo ello para la consecución de una sólida Unión de la Energía³³.

2. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. Evolución normativa. Visión general

La regulación de las energías renovables en España tiene su origen en un ley de fomento de la energía minihidráulica, la [Ley 82/1980, de 30 de diciembre](#), sobre la conservación de la energía³⁴, con la finalidad de mejorar la eficiencia energética en un momento de crisis del petróleo.

Tras una década, el Plan Energético Nacional 1991-2000 nace con la finalidad de fomentar la generación a través del uso de fuentes de energía renovable. Así, se aprueba la [Ley 40/1994, de 30 de diciembre](#), de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional³⁵ (LOSEN). Es en este momento cuando nace el « régimen especial de producción de electricidad », de cuyo desarrollo reglamentario se encargó el [Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre](#), sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables³⁶. El reglamento, para fomentar el uso de energías renovables, obligaba a las distribuidoras de la zona a adquirir la electricidad sobrante procedente de este tipo de instalaciones, cuando la potencia instalada sea menor o igual a 100 MVA.

Unos años después, se aprueba la [Ley 54/1997, de 27 de noviembre](#), del Sector Eléctrico³⁷. De nuevo, la norma distingue entre régimen de producción ordinario y especial; así como identifica el régimen económico retributivo para cada una de las tecnologías de producción de electricidad. Para acogerse al régimen especial, las instalaciones de generación de energía eléctrica basadas en fuentes de energía primaria renovable, residuos o cogeneración deberán tener una potencia instalada no superior a 50 MW. Ahora se define un sistema de primas a la producción acogida al régimen especial en el [Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre](#), sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración³⁸, el cual establece que las ayudas deberán actualizarse anualmente y serán revisadas cada cuatro años.

Con el Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010 (PFER) surgen medidas para potenciar el crecimiento de la producción renovable hasta cubrir, como mínimo, el 12 % del consumo de energía primaria en España en el año 2010. En este contexto, se aprueba el [Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio](#), de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios³⁹; el [Real Decreto 1663/2000, de 29 de septiembre](#), sobre conexión de instalaciones fotovoltaicas a la red de baja tensión⁴⁰; y el [Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto](#), por el que se regula para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial su incentivación en la participación en el mercado de producción, determinadas obligaciones de información de sus previsiones de producción, y la adquisición por los comercializadores de su energía eléctrica producida⁴¹.

En desarrollo de la LSE de 1997, el [Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo](#), por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial⁴²⁾, que derogó el [Real Decreto 2818/1998](#), diseña un nuevo régimen económico para el régimen especial con la finalidad de dar estabilidad y previsibilidad a la actividad de producción sujeta a este régimen⁴³⁾. Puede observarse que la prima para inversores en instalaciones de producción de energía solar llegaba a ascender a un 575 % sobre el precio de tarifa media durante los primeros 25 años desde su puesta en marcha ([artículo 33](#))⁴⁴⁾.

Le siguen el [Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre](#), por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico⁴⁵⁾, el [Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo](#), por el que se aprueba el Código Técnico de Edificación⁴⁶⁾ (CTE) y el [Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio](#), por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético⁴⁷⁾.

Seguidamente, se aprueba el [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo](#), por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial⁴⁸⁾ (que deroga el [Real Decreto 436/2004](#)). La norma mantiene el esquema retributivo de tarifa regulada total o parcialmente con prima; llegando a ofrecer tentadoras tarifas sobre todo para las instalaciones que únicamente utilicen la radiación solar como energía primaria mediante la tecnología fotovoltaica (categoría subgrupo b.1.1.). Además, existirá un límite superior o inferior para esos casos en que la tarifa media sobre la que se calcula la prima sufra fluctuaciones significativas e incremente exponencialmente el montante de prima a abonar al inversor. Sobre ello, puede observarse el cuadro 3 del artículo 36:

| Grupo | Subgrupo | Potencia | Plazo | Tarifa regulada c€/kWh | Prima de referencia c€/kWh | Límite superior c€/kWh | Límite inferior c€/kWh |
|-------|----------------------|-----------------------|------------------|---------------------------|-------------------------------|---------------------------|---------------------------|
| b.1 | b.1.1 | P ≤ 100 Kw | Primeros 30 años | 44,0381 | | | |
| | | 100 Kw < P ≤ 10 MW | Primeros 30 años | 41,7500 | | | |
| | 10 Kw < P ≤ 10 MW | Primeros 30 años | | 22,9764 | | | |

El [Real Decreto 661/2007](#) dispone que para acceder a este régimen económico especial es *conditio sine qua non* la inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial, situación que cambiará una vez alcanzado el objetivo de potencia fijado para cada tecnología (400 MW para la energía solar). Así, el [artículo 22.1](#) se refiere al plazo de mantenimiento de las tarifas y primas reguladas, disponiendo que « Una vez se alcance el 85 por ciento del objetivo de potencia (...) se establecerá, mediante resolución del Secretario General de Energía, el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones que sean inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho a la prima o, en su caso, tarifa regulada establecida en el presente real decreto para dicho grupo o subgrupo, que no podrá ser inferior a doce meses (...) la Comisión Nacional de Energía propondrá a la Secretaría General de Energía una fecha límite (...) ». Este objetivo se cumplió para la tecnología solar

en tan solo 3 meses, por lo que una resolución del Secretario General de Energía dio un margen de un año para que las instalaciones entren en registro de régimen especial si querían acogerse a la tarifa definida a tal efecto. Ello ocasionó que se disparasen las instalaciones renovables de este tipo de tecnología en el año 2008.

Le sigue la [Ley 17/2007](#), por la que se modifica la [Ley 54/1997, de 27 de noviembre](#), del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la [Directiva 2003/54/CE](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad⁴⁹). El ejecutivo establece un sistema de tarifa regulada parcialmente más prima para instalaciones de producción basadas en fuentes de energía renovable cuando la potencia instalada es, incluso, superior a 50 MW.

Unos meses después, el [Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre](#), de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo](#), para dicha tecnología⁵⁰). Esta modalidad de instalación de producción tendrá una retribución basada en convocatorias anuales que fijan el precio y el límite de potencia; lo que permite una reducción de costes de electricidad en relación al modelo anterior.

Para el resto de tecnologías pertenecientes al régimen especial, se aprueba el [Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril](#), por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social⁵¹). Se fija un nuevo sistema retributivo que persigue garantizar la sostenibilidad técnica y económica del sistema eléctrico.

En noviembre de 2011 se aprueba el nuevo Plan de Energías Renovables que sustituye al PER 2005-2010 y al Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2010-2020 (PANER). Este nuevo modelo nace para dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el [Real Decreto 661/2007](#) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁵²).

Sobre todo con ocasión de hacer frente al cuantioso déficit tarifario de que adolece el sistema, se aprueba el [Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero](#), por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos⁵³). Asimismo, la norma suspende de forma indefinida los procedimientos de inscripción en el Registro de preasignación de retribución previstos en el [Real Decreto-ley 6/2009](#) y deja sin efecto, en relación a las instalaciones de tecnología fotovoltaica, las convocatorias de preasignación de retribución para los años 2012 y sucesivos del [Real Decreto-ley 1578-2008](#)⁵⁴).

A este reglamento le siguieron el [Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo](#), por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista⁵⁵) y el [Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁵⁶).

Más adelante se aprueba la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética⁵⁷), donde, de nuevo para acometer la resolución del problema del elevado déficit de tarifa, se diseñan nuevos impuestos para el sector eléctrico con fines estrictamente recaudatorios. Así, se define un impuesto para la producción de electricidad a un tipo impositivo del 7 %, se crea un canon por utilización de aguas continentales para

la producción de electricidad con un tipo del 22 %. Además, el texto legal excluirá del régimen económico primado a las instalaciones de generación renovables que generen a partir de combustibles fósiles.

Se aprueba, a finales del año 2012, el [Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre](#), de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social⁵⁸). La norma trata de corregir o suprimir el régimen económico primado para las instalaciones adscritas al régimen especial que incumplan las obligaciones necesarias para la correcta inscripción en el registro de preasignación.

Pasados unos meses, se aprueba el [Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero](#), de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero⁵⁹). En éste se sustituye el método de actualización de las retribuciones, tarifas y primas de determinadas actividades. También modifica el [Real Decreto 661/2007](#), suprimiendo las primas e impidiendo que se acojan a la opción de retribución a tarifa a aquellas instalaciones que a la entrada en vigor de la norma opten por vender electricidad en mercado.

Destacadamente, se publica el [Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio](#), por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico⁶⁰). Nace así un nuevo régimen jurídico y económico para este tipo de instalaciones de producción a partir de energías renovables, cogeneración y residuos. Se suprime el modelo primado establecido por la [Ley 54/1997](#). Desaparece el régimen especial y todas las instalaciones quedarán sometidas a la misma normativa, tanto las nuevas como las ya existentes. Para aquellas instalaciones que, antes de la entrada en vigor del [Real Decreto-ley 9/2013](#), tienen derecho a prima (las que se acogieron al sistema masivamente en 2008 para obtener ganancias de hasta 44 c€/kWh) se garantiza una rentabilidad razonable estimada, antes de impuestos, como el valor de las Obligaciones del Estado a 10 años (incrementado con un diferencial de 300 puntos básicos y que será revisada cada 6 años). Sobre todas estas cuestiones, como vemos INFRA, se pronuncia la nueva [Ley 24/2013, de 26 de diciembre](#), del Sector Eléctrico⁶¹). Por tanto, situamos aquí el origen del mayor intenso debate acerca de la posible retroactividad ilegítima de la norma y vulneración de la confianza legítima que los inversores depositaron en el antiguo régimen especial.

Por último, en desarrollo del [Real Decreto-ley 9/2013](#), se aprueba el [Real Decreto 413/2014, de 6 de junio](#), por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos⁶²) y la [Orden Ministerial 1045/2014, de 16 de junio](#), por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos⁶³).

2.2. Nociones generales sobre el actual régimen económico de la generación renovable

El [apartado 7 del artículo 14](#) de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 define el régimen económico de la producción renovable (sustituyendo a su correlativo en la LSE 54/97, el [artículo 30.4](#)). Significativamente, la nueva LSE elimina la denominación de « *régimen especial* » para, como afirman algunos autores⁶⁴), equiparar todas las tecnologías en el mercado a medio plazo, evitando así los sobrecostos del sistema; pasando a denominarse « *retribución específica* », es decir, un régimen retributivo adicional a lo obtenido por la venta de energía generada valorada al precio del mercado de producción que será

aplicada a instalaciones nuevas y existentes.

El citado precepto se refiere a la excepcionalidad de los mecanismos de fomento (retribución específica) de la producción renovable, cogeneración de alta eficiencia y residuos cuando existan « (...) cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior (...) ». Asimismo, se relacionan los condicionantes que deben darse para que pueda tener cabida esta medida excepcional.

Existencia de un procedimiento de concurrencia competitiva

Para la existencia de un procedimiento de retribución específica es necesaria esa concurrencia competitiva entre empresas, de conformidad con lo dispuesto en las Directrices y orientaciones de la Comisión Europea. La retribución específica se sumará a la retribución obtenida por la instalación renovable por la venta a precio de mercado y estará compuesta por « un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo ».

Compatibilidad con la sostenibilidad económica del sistema

El régimen de retribución específica « (...) será compatible con la sostenibilidad económica del sistema eléctrico (...) y estará limitado, en todo caso, a los objetivos de potencia que se establezcan en la planificación en materia de energías renovables y de ahorro y eficiencia ». El precepto evidencia la preocupación por corregir el déficit tarifario originado por el régimen de primas a producción renovable anterior, esto es, con el extinto régimen especial.

Cálculo de la retribución específica. La rentabilidad razonable

La norma define una forma de cálculo de la retribución para una instalación a lo largo de su vida útil y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada. En este sentido, para el cálculo, se considerarán: a) los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción ; b) los costes estándar de explotación (un parque eólico apenas tendrá, al contrario de lo que sucede con centrales de biomasa); y c) el valor estándar de la inversión inicial (destacan, por ejemplo, las grandes inversiones necesarias para poner en funcionamiento una central termosolar).

Además, el precepto dispone que este régimen retributivo específico « (...) no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable ». Esta rentabilidad razonable atenderá al « rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado ». Como ha defendido el Tribunal Supremo, esta rentabilidad razonable no afectará a derechos ya consolidados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma y, consecuentemente, tampoco supone admitir el reconocimiento de un derecho consolidado a recibir esta retribución en el futuro⁶⁵.

i) Inversión inicial y retribución adicional

El valor de inversión inicial vendrá determinado por el procedimiento de concurrencia competitiva referido. Así, la retribución adicional a la de mercado que corresponde a cada instalación será la resultante de aplicar el valor estándar de la inversión inicial que resulte del procedimiento de concurrencia competitiva.

Por último, como dispone el Preámbulo de la LSE, este principio de rentabilidad razonable se aplica a un régimen de inversiones en producción renovable protegido y fomentado en nuestro país « (...) y establece el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años para cumplir con el citado principio »; con lo que se pretende dar cierta estabilidad regulatoria al sector productor renovable.

Este modelo retributivo específico será objeto de desarrollo por el ya citado [Real Decreto 413/2014](#) y por la [Orden Ministerial 1045/2014](#), donde se desarrolla cada modelo de instalación tipo y los criterios a tener en cuenta para identificar cuándo una empresa realiza una actividad de forma eficiente y bien gestionada a efectos de obtención de las primas, esto es, de calcular cuándo un inversor ya habría obtenido la rentabilidad razonable anual definida en la norma. Ello permitirá calcular la retribución específica anual (sumada al precio de mercado) que se va a abonar a esa instalación tipo, para posteriormente adjudicar la electricidad a los inversores tras un procedimiento de subasta (que, por razones de extensión, no podrá ser tratado con la profundidad que merece). Vemos, así, que en base a precios de compra, de venta, de operaciones, horas de funcionamiento estimadas y ganancias con cargo al régimen especial, entre otras, se podrá acotar la rentabilidad razonable para cada instalación tipo.

Asimismo, la CNMC se encargará de liquidar dichas instalaciones de producción renovable con arreglo a los parámetros retributivos fijados a tal efecto.

2.3. Distribución de competencias en materia de concesión de primas a instalaciones de producción renovable

En primer lugar, en el extinto régimen especial, las ayudas a generación renovable, esto es, las primas, se insertaban en el concepto de « *régimen económico del sistema eléctrico* », y, por ello, su naturaleza condujo a una atribución de competencias exclusivamente estatal⁶⁶.

En la gestión de este régimen económico, las CCAA no tienen atribuida una función ejecutiva, es decir, no van a interferir en la gestión del sistema retributivo basado en incentivos económicos a la generación de electricidad procedente de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos.

Aunque los mecanismos de apoyo (primas o tarifas primadas), no son en sentido literal subvenciones con cargo a fondos estatales, aquéllas consisten en una transferencia de recursos, previa intermediación normativa y ejecutiva del Estado, desde los consumidores a los generadores de electricidad. Así, el mecanismo de las primas presenta un intenso componente « *público* », lo que justifica la intervención estatal en su regulación y, también, gestión económica; en otras palabras, la retribución de la generación eléctrica renovable debe entenderse inmersa en un sistema económico estatal.

Como mantiene el Tribunal Supremo, « *Las Comunidades Autónomas (...) no ostentan competencias en orden al régimen económico, esto es, al reconocimiento del derecho a la retribución en que consisten estas primas, ni a su gestión y liquidación. Sus atribuciones se limitan a las meras autorizaciones de funcionamiento de determinadas instalaciones de generación fotovoltaicas, lo que no prejuzga en un sentido o en otro cuál sea el régimen retributivo, más o menos favorable, al que se puedan acoger. No es coherente reivindicar la*

competencia de las Comunidades Autónomas –ajenas, insistimos, al régimen retributivo unitario– cuando de lo que ahora se trata es, únicamente, de verificar las condiciones exigibles para la retribución y no para la autorización ».

En relación al régimen especial de producción, el TS defiende que la asignación del régimen económico « (...) *debe tener un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional, en aras del adecuado funcionamiento del sistema, no interfiriendo en la competencia de la Administración energética de la Comunidad Autónoma para autoriza la construcción, explotación, transmisión y cierre de estas instalaciones ».*

Asimismo, el Tribunal Constitucional falló a favor del carácter único e uniforme del sistema y, por tanto, de atribuir la competencia en materia de retribución de instalaciones renovables al Estado⁶⁷). Por tanto, la gestión del régimen retributivo de producción renovable en régimen especial se atribuyó al Estado, por aplicación del [artículo 149](#) (1, 13.ª y 25.ª) de la [Constitución Española](#).

En segundo lugar, la [Ley 24/2013](#) establece las competencias estatales en materia energética, señalando específicamente las referidas a energías renovables. En relación a la retribución de las instalaciones de producción renovable, se atribuye al Estado la competencia en materia de la ahora denominada « *retribución específica* » ([artículo 14.7](#) LSE). La financiación de esta retribución procederá de los cargos contenidos en la factura eléctrica que paga el consumidor ([artículo 13.3b](#) LSE), así como, en su caso, de asignaciones establecidas en la Ley de Presupuestos⁶⁸).

III. DEBATE ACERCA DE LA POSIBLE VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO. PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DE LA JURISPRUDENCIA

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

La política energética en España ha fomentado el uso de energías renovables por medio de la configuración de primas a la generación basada en fuentes de energía verde. Sin embargo, con ocasión del cada vez mayor déficit tarifario de que adolece el sistema eléctrico, acontece, desde hace algunos años, una progresiva reducción de estas ayudas⁶⁹); hasta llegar a su supresión para aquellas instalaciones de nueva potencia instalada. El gobierno se encontró en la disyuntiva de elegir entre la promoción renovable o la sostenibilidad económica de un sistema eléctrico cada vez más fracturado⁷⁰). Este paso, de unas generosas primas a su supresión, ha desembocado en numerosas críticas provenientes del sector productor renovable. El inversor ha visto cómo han desaparecido las condiciones bajo las cuales decidió invertir en instalaciones de producción renovable, y, principalmente, ha considerado que se debe a una falta de seguridad y previsibilidad del sistema.

Así, las modificaciones reglamentarias y su incidencia en la retribución de las energías renovables traen al epicentro del debate jurídico los conceptos de confianza legítima, irretroactividad de las normas, seguridad jurídica, cambios regulatorios y estabilidad regulatoria, entre otros. La valoración de la posible afectación a estos principios debe hacerse en términos exclusivos de Derecho, aunque, para hacer una correcta lectura de la norma, no se podrá prescindir del análisis de las específicas complejidades transversales inherentes al sector eléctrico.

2. POSICIÓN DEFENDIDA POR EL SECTOR INVERSOR RENOVABLE

Son numerosos los recursos interpuestos por inversores frente a la reforma del modelo

retributivo renovable en régimen especial, pero todos presentan unos argumentos comunes basados en la posible vulneración de principios generales del derecho.

2.1. Principio de seguridad jurídica

Alegan los inversores que los cambios normativos acontecidos en los últimos años vulneran el principio de seguridad jurídica en sentido estricto. El legislador cambia las pautas de juego por vía reglamentaria y por razones de urgencia, lo que genera una gran incertidumbre entre las empresas inversoras en energías renovables. El Estado decide inicialmente fomentar la actividad de producción de electricidad basada en fuentes de energía renovable y, años después, por razones de sostenibilidad económica, penaliza esta actividad de producción.

La seguridad jurídica tiene el objetivo de conseguir que todos los ciudadanos tengan conocimiento suficiente de las consecuencias de sus comportamientos; para el caso que nos ocupa, se refiere a las consecuencias de realizar grandes inversiones en instalaciones de producción renovable.

Las normas deben estar dotadas de certidumbre y previsibilidad, para lo que el principio de seguridad jurídica juega un papel protagonista otorgando alto grado de certeza al Derecho. Así, este principio aparece configurado con carácter general en el [artículo 9.3](#) de la Constitución Española y podemos localizarlo en numerosas disposiciones de carácter sectorial⁷¹.

Aunque parecen motivos de peso, tanto el TS como el TC han confirmado la compatibilidad del principio de seguridad jurídica con los cambios normativos que han tenido lugar en la materia⁷². Entiende la jurisprudencia que los inversores no tienen reconocido un derecho inmodificable a recibir una determinada retribución.

2.2. Principio de confianza legítima

Los inversores también han alegado que la reforma normativa ha supuesto una posible vulneración del principio, de origen alemán, de confianza legítima, entendido como una variante del principio de seguridad jurídica. Los inversores necesitan de un marco inalterable de referencia en el que poder depositar su confianza⁷³, por lo que estas reformas han podido, además de quebrantar su confianza, evitar que desarrollen inversiones en un futuro inmediato.

Sin embargo, la jurisprudencia, y un sector de la doctrina, ha defendido casi de forma unánime que el concepto mismo de riesgo regulatorio, en la medida en que elimina el carácter imprevisible de las reformas, suaviza la aplicación del principio de confianza legítima y seguridad jurídica; de manera que los inversores deben conocer las reglas de juego desde el momento inicial y, por tanto, asumir que se trata de un sector singular que requiere de excesivos cambios normativos de su régimen económico⁷⁴; siendo escasos los supuestos en que los tribunales han admitido vulneración del principio de confianza legítima⁷⁵.

2.3. Principio de irretroactividad

El sector renovable se ha apoyado el marco jurídico español sobre la eficacia retroactiva de las normas⁷⁶ y en los numerosos pronunciamientos judiciales, principalmente constitucional, sobre la materia. El TC ha desarrollado varias modalidades de retroactividad normativa, incluso una que no es contraria a la seguridad jurídica, esto es, la denominada retroactividad impropia o de grado mínimo⁷⁷. La misma posición ha mantenido el TS, destacando su Sentencia 773/2009, de 9 de diciembre, la cual dispone que

« (...) el reconocimiento de una determinada ventaja (sistema de ayudas a productores renovables) no implica el derecho a que dicha ventaja se mantenga perdurable en el tiempo (...) el derecho a percibir una determinada prima no significa que tenga derecho a que dicha prima se consolide como un beneficio intangible en el futuro (...) no hay pues una aplicación ilegítima de la retroactividad por suprimir un incentivo a cuya existencia ni mantenimiento existía derecho alguno (...) solo se tiene derecho a percibir los beneficios que correspondiesen mientras dicho incentivo fuera aplicable, pero no a que el mismo se mantuviese en el tiempo ».

El [Real Decreto-Ley 9/2013](#) crea un nuevo régimen económico para la retribución de las instalaciones de producción renovable construidas a partir del 13 de julio de 2013 y, también, para las instalaciones existentes antes de su entrada en vigor. El objeto de controversia lo encontramos en estas últimas, respecto de las cuales los inversores alegan que se ha vulnerado el principio constitucional de prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

Sin embargo, la posición del TS ha seguido reforzando la existencia de una retroactividad impropia, de manera que la norma solo sería contraria a la legalidad si obligase a los inversores a devolver las cantidades percibidas hasta la fecha en concepto de prima⁷⁸⁾.

3. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

A finales de 2015 y principios de 2016 han recaído importantes pronunciamientos judiciales acerca del conflicto que, desde el año 2010, mantiene el Estado frente a empresas inversoras en energías renovables. Desde el comienzo de la disputa, el Tribunal Supremo se ha mantenido firme en su posición acerca de la inexistencia de vulneración de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima. En el terreno internacional, se ha pronunciado la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo, ratificando lo ya defendido por tribunales españoles. Actualmente, se espera conocer el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (perteneciente al Banco Mundial).

3.1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Supremo, tras los recursos interpuestos con ocasión de las reformas emprendidas entre 2013 y 2014, decide elevar al Tribunal Constitucional una cuestión prejudicial, para que se pronuncie acerca de la posible inconstitucionalidad del [Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio](#), por. Ello cristalizó en la [STC 270/2015](#) (RTC 2015, 270), la cual en su fundamento jurídico 7.º imputa a las renovables la situación de crisis y déficit tarifario que atraviesa el sector eléctrico español, lo que justifica *per se* el cambio normativo respecto al régimen retributivo anterior por razones de extraordinaria y urgente necesidad⁷⁹⁾. Asimismo, el voto particular de la sentencia justifica el cambio normativo por razones de interés público, concretadas en la necesidad de hacer frente a un déficit tarifario estructural⁸⁰⁾.

El TC defiende que los inversores en instalaciones de energía renovable tenían conocimiento de que su régimen retributivo era modificable desde el momento en que eran conscientes de que habían renunciado al mercado y a asumir los riesgos inherentes a éste, beneficiándose de un régimen retributivo ventajoso; por lo que no tiene cabida calificar la reforma de inesperada o imprevisible para un « *operador económico prudente y diligente* ».

Aunque, como algunos autores han defendido, no parece coherente que un inversor que se beneficia de un régimen de primas deba asumir necesariamente su carácter

modificable. Todo el que contrata con la Administración lo hace para obtener un beneficio, sin que ello deba suponer asumir continuos cambios de forma retroactiva. De otro lado, tampoco parece admisible considerar que el operador renovable esté renunciando al mercado, pues no existía un verdadero mercado para una tecnología que no podía competir con las convencionales por requerir de inversiones cuantiosas que el mercado no podría retribuir⁸¹.

3.2. Tribunal Supremo

Son también reiterados los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre los cambios normativos en materia de ayudas a renovables. Destaca la [Sentencia de 12 de julio de 2012](#) (RJ 2013, 2348), sobre la nulidad del Real Decreto 1565/2010 que modificó el régimen retributivo de las instalaciones fotovoltaicas. De nuevo el TS, siguiendo la doctrina constitucional, entiende que los operadores no tienen un derecho inmodificable a que se mantengan el régimen económico sin alteraciones, en la medida en que ellos han optado por no acudir al mercado y quedarse con un sistema ventajoso de primas. El tribunal mantiene que la eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a un régimen de primas justificaría el sometimiento al riesgo regulatorio⁸².

Asimismo, considera que el avance tecnológico renovable y la evolución de la « *curva de aprendizaje* » desaconsejan la creación de un régimen retributivo que descansa en el respeto del principio de seguridad jurídica concretado en el carácter invariable de las tarifas definidas⁸³. Aunque lo cierto es que los reales decretos, para la tecnología fotovoltaica, sí contemplaban mecanismos de adaptación trimestral del régimen retributivo, y de la potencia que se convocaba, a la variación de la curva de aprendizaje.

La sentencia también defiende que los inversores no podían pretender recibir un trato más favorable que el que tenían el resto de operadores que, por la menor demanda energética a consecuencia de la mala coyuntura económica, vendieron menos electricidad. Por lo que los operadores de instalación renovable también debían asumir que un cambio normativo minorase sus expectativas de rentabilidad⁸⁴. Sin embargo, es aceptado que la menor demanda de energía convencional es algo connatural a un sistema de mercado, por lo que no es argumento suficiente para afirmar que un régimen de tarifa especial pueda ser modificable.

En relación a la sobrecapacidad del sistema por excesiva cantidad de potencia instalada de origen renovable, la sentencia dispone que todos los operadores que contribuyeron a ese exceso de producción debieran saber que las tarifas prometidas se revisarían a la baja en algún momento⁸⁵.

En otra ocasión los argumentos de la sentencia no tienen rigor suficiente, pues no responde a la lógica responsabilizar a los inversores por concurrir a convocatorias y excederse en las inscripciones cuando es la propia Administración la que debió no haber practicado más inscripciones que la potencia convocada.

Por último, destacan las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de [21 de enero de 2016](#) (RJ 2016, 307, 306, 309, 308 y 6499), las cuales, en la misma línea argumental tratada, niegan que los cambios normativos hayan supuesto un daño a los inversores que la Administración deba indemnizar. Se trata de cinco sentencias del TS, por las que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los operadores renovables que alegan haber sufrido daños y perjuicios a consecuencia de la entrada en vigor del citado [Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre](#), del [Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre](#)⁸⁶ y de la [Ley 2/2011, de 4 de marzo](#).

3.3. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

El Título V del Tratado de la Carta de la Energía, que tuvo origen en el año 1991 en la Haya⁸⁷, se refiere a los mecanismos de resolución de controversias entre un inversor y el Estado contratante. El artículo 26 del Tratado dispone que en caso de controversia, el inversor podrá acudir a la vía administrativa y judicial del Estado receptor de la inversión y, caso de no prosperar sus pretensiones, también tendrá a su alcance soluciones arbitrales o de conciliación internacional; cuestión que ha suscitado a la Comisión Europea ciertas dudas acerca de la compatibilidad de estos mecanismos con el derecho de la Unión⁸⁸.

Así, el arbitraje internacional someterá la controversia al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), a un único árbitro internacional nombrado ad hoc de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o, como veremos, al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El 21 de enero de 2016 se emite el primer laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁸⁹, el cual desestima las pretensiones de la parte demandante contra el Reino de España. El tribunal, aun admitiendo la afectación a la rentabilidad de los operadores, considera que ésta no tendrá carácter expropiatorio. Los demandantes no prueban suficientemente que el Estado español haya generado una expectativa legítima a mantener inalterable el marco jurídico, configurado en los [Reales Decretos 661/2007](#) y [RD 1578/2008](#), durante toda la vida de las instalaciones fotovoltaicas. Si bien es cierto que un voto particular aboga por la vulneración del principio de confianza legítima y, consecuentemente, por el derecho de los operadores a percibir una indemnización por los daños causados a consecuencia de la modificación a la baja del régimen retributivo.

El laudo se refiere por primera vez al marco regulatorio español sobre generación fotovoltaica, aunque la decisión tiene un alcance limitado, ya que solo se refiere a los cambios normativos acontecidos hasta 2010.

Aunque este laudo supone ciertamente un precedente para el resto de arbitrajes en curso planteados contra el Estado español, no podrá constituir un criterio extrapolable íntegramente al resto de demandas, pues solo se refiere a las modificaciones del marco retributivo fotovoltaico del año 2010; lo cual ofrece un atisbo de esperanza para el inversor renovable en España.

3.4. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE deberá pronunciarse acerca de la constitucionalidad del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE). En fecha 14 de junio de 2016, el TS plantea cuestión de inconstitucionalidad al TC respecto de determinados artículos de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre por su eventual oposición al principio de capacidad económica regulado en el artículo 31.1 de la Constitución⁹⁰. En respuesta, el TC, en Auto de 13 de diciembre de 2016, le indica al TS que el análisis sobre la constitucionalidad del IVPEE debe pasar primeramente por el TJUE, órgano al que corresponde pronunciarse acerca de su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

El IVPEE, junto a las distintas leyes, reales decretos y órdenes ministeriales, constituye una medida calificada como de «recorte a renovables» por un amplio sector doctrinal; por lo que esta cuestión prejudicial que corresponde plantear al TS podría provocar un efecto cascada que anime a la justicia española a consultar a los jueces europeos cada vez que se planteen atentados contra la seguridad jurídica y la confianza legítima a consecuencia de

los cambios del marco jurídico retributivo renovable.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE APOYO A GENERACIÓN RENOVABLE

1. POSIBLE CARÁCTER CONTRACTUAL EN LA RELACIÓN ESTADO-INVERSOR

El [Código Civil](#) dispone que un contrato existe, surgiendo con él unas obligaciones, a partir del momento en que se cruzan la oferta y la aceptación de tal oferta⁹¹⁾. Además, el Tribunal Supremo viene aplicando determinadas técnicas de *soft law* contenidas en los « *Principios de Derecho Europeo de los contratos* », creados por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos, que se pronuncian acerca del carácter vinculante de toda promesa hecha con la intención de obligar jurídicamente sin necesidad de aceptación (artículo 2:107).


En este sentido, cabe preguntarse si la situación en la que se encuentran los inversores en instalaciones de producción renovable presenta naturaleza contractual, en la medida en que pueda considerarse que aceptaron una oferta al solicitar acogerse al régimen especial, inscribiéndose en el registro correspondiente; o si, por el contrario, es una situación sujeta a un régimen reglamentario o estatutario que permitiría apreciar, tras modificaciones normativas, una lícita retroactividad media o mínima (como sucede, por ejemplo, en la relación estatutaria de los funcionarios respecto con respecto a la edad de jubilación).

Se trata de observar si los sistemas de apoyo definidos específicamente en los Reales Decretos de 2007 y 2008⁹²⁾ crearon tarifas firmes e irrevocables para cada modalidad de instalación de producción renovable; pues no cabe duda de que a partir de 2013, con el [Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio](#), se crean otros instrumentos para potenciar la inversión renovable menos firmes, esto es, poniendo en conocimiento del inversor que deben asumir un cierto riesgo regulatorio⁹³⁾, lo que supone, en principio, no plantearse que los nuevos inversores puedan ver mermada su confianza legítima por ulteriores reformas legislativas del régimen retributivo. Quizá así es como debería haberse configurado desde el comienzo de la regulación de medidas de apoyo a la producción renovable en España.

Las sentencias aquí tratadas se pronuncian con rigor sobre la doctrina de la retroactividad de las normas y consideran que existe una oferta de un régimen retributivo de carácter reglamentario, pero, como afirma De la Cuadra-Salcedo Fernández, los magistrados no argumentan suficientemente la no calificación como una situación de naturaleza contractual⁹⁴⁾; algo que era exigible a nuestros tribunales, pues el Estado, personificado en la Administración estatal, decidió configurar ofertas firmes e irrevocables para el sector inversor renovable. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ni tan siquiera paró a examinar las normas legales cuya modificación suscita carácter inconstitucional, es decir, los Reales Decretos que definieron el sistema de retribución en régimen especial.

Una vez admitido este carácter contractual, son las reglas universales del contrato las que deben imperar y, en consecuencia, desplegarán virtualidad los principios de seguridad jurídica y confianza legítima para proteger al operador que decidió invertir a la vista de una oferta que garantizaba determinados derechos y obligaciones. Si bien la protección de la confianza legítima no implica una garantía de volver a la situación anterior, sino una garantía de carácter patrimonial, esto es, una compensación económica o, incluso, la regulación de un régimen transitorio que mitigue los perjuicios causados a los inversores⁹⁵⁾.

Esa oferta del Estado y su aceptación por los operadores no se materializó en un contrato

administrativo sometido a la  [Ley de Contratos del Sector Público](#). Sin embargo, lo que importa es la naturaleza jurídica de esa relación Estado-operador renovable, y no tanto que se hubiera formalizado y tramitado un contrato con la Administración oferente⁹⁶).

2. «IUS VARIANDI» Y LA NECESIDAD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

El devenir legislativo acontecido a lo largo de los años en materia de primas a la producción de energía renovable evoca al acontecido, a principios del siglo XX, en los contratos entre empresas privadas y el Estado. En el sector del ferrocarril, por las circunstancias particulares de la época, destacando la subida del precio del carbón, acontece el fin del principio de intangibilidad de los contratos y se configura la *potestas variandi* a favor de la Administración, esto es, la facultad exorbitante de modificación unilateral del contrato, y, para este caso particular, la potestad tarifaria.

Así, de la misma forma que en el siglo XX nace esta *potestas variandi* en el campo de los servicios públicos, en el siglo XXI se está haciendo valer esta facultad en el marco jurídico retributivo de las energías renovables, precisamente por tratarse de un ámbito tan regulado como el transporte y la distribución de electricidad. Y, como es sabido, partiendo de esta hipótesis y del carácter contractual del sistema de apoyo renovable, la Administración debería en ambos casos compensar o restablecer el equilibrio económico cuando el ejercicio de esa facultad haya ocasionado un daño; descartando como daño, para el caso de las primas a renovables, el simple hecho de que se haya producido sin más una modificación. Asimismo, la carga de la prueba recaerá en la empresa, debiendo demostrar que existe un daño real, efectivo y cuantificable⁹⁷).

En este orden de cosas, el riesgo regulatorio que deben asumir los inversores renovables puede equipararse al concepto de « *riesgo y ventura* » que caracteriza a los servicios públicos (principalmente al contrato de gestión indirecta de servicio público, la concesión administrativa). Sin embargo, la realidad demuestra que el operador titular de una concesión administrativa estará más protegido que los inversores en energías renovables, ya que les asiste el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero; mientras que para las renovables, en la práctica, y como ha confirmado la judicatura española, este derecho no despliega funcionalidad alguna. Es por ello que, partiendo de esta hipótesis, el inversor renovable se encontraría en lo peor de dos mundos: sometido a la actuación administrativa en su máxima expresión y sin el amparo de un derecho a indemnización para el restablecimiento del equilibrio económico financiero, ya que la Administración no está obligada a ello⁹⁸).

La legislación española, y europea, no puede configurar un concepto jurídico de riesgo regulatorio que limite la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de cambios normativos cuando afecten al principio de confianza legítima. El Derecho está para ofrecer seguridad, que puede entenderse terminológicamente como lo contrario al riesgo; por lo que el Estado, más allá de dictar normas que creen riesgo, debe limitarlo o repartirlo legítimamente entre todos los operadores del mercado.

V. CONCLUSIONES

Primera . En el epicentro de la actividad de libre competencia de producción aparece el mecanismo de apoyo renovable como distorsionador del mercado y de su deseado funcionamiento liberalizado. Ello muestra, como defiende parte de la doctrina, cómo las primas a producción renovable provocan que nos alejemos de un deseado sector no intervenido en su actividad de producción.

Sin embargo, esa anhelada actividad de producción desarrollada en libre competencia (sin

ayudas) no podía tener cabida, en la medida en que no existía un verdadero mercado para una tecnología renovable sin capacidad de competir contra las energías convencionales, por necesitar aquéllas de grandes inversiones que el mercado en ningún caso podía retribuir sin apoyarse en un régimen de primas. Así, queda desvirtuada la tesis que rechaza el carácter firme e inmodificable del régimen de ayudas fundamentada en la renuncia del inversor al mercado, pues ese mercado naturalmente no existía.

Una solución óptima habría sido optar por otros mecanismos de potenciación de la inversión renovable basados en tarifas menos firmes y, por tanto, que no generasen dudas en cuanto a su posible carácter contractual; como se configuró a partir del [Real Decreto-Ley 9/2013](#).

Segunda . En relación a los mecanismos de apoyo a las energías renovables cabe afirmar, de partida, que nos movemos en un ámbito publicado. Los empresarios que deciden invertir en este sector deben considerar que quedan sometidos a un régimen intenso de intervención administrativa, en la medida en que la retribución regulada deriva del propio sistema eléctrico y, consecuentemente, proviene de los ingresos derivados de las facturas que pagan los consumidores. Con carácter general, el inversor es sabedor de que el riesgo regulatorio despliega toda su funcionalidad en este sector y, por tanto, existe la posibilidad de que las primas experimenten reducciones cuando, como defiende el TC, exista una situación de crisis económica generalizada que requiera de una intervención administrativa. Sin embargo, debemos plantearnos si existe una verdadera relación contractual entre el inversor y el Estado. Si la respuesta es afirmativa, los argumentos esgrimidos SUPRA deslegitimarían cualquier cambio normativo retroactivo.

En cualquier caso, optemos por uno u otro criterio, el Derecho debe ofrecer seguridad (entendida, etimológicamente, como lo contrario al riesgo) al inversor, garantizando una compensación económica conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración cuando quede probada la existencia de un daño real, efectivo y evaluable; lo que justifica un ataque a la confianza legítima de los inversores. La legislación no puede configurar un concepto jurídico de riesgo regulatorio que limite la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de cambios normativos cuando puedan afectar a la confianza legítima de operadores.

Tercera . Las ayudas de funcionamiento parecen respaldar artificialmente la actividad productiva de un operador que, caso de no contar con ella, tendría muchas posibilidades de entrar en quiebra. De manera que el efecto positivo de estos mecanismos de ayuda a renovables desaparecería si se suprime la ayuda de funcionamiento. Podría calificarse como la modalidad de apoyo más perjudicial.

Cuarta. Las pretensiones del Gobierno, como ha manifestado recientemente, de reducir la rentabilidad razonable en función de la evolución de la rentabilidad del bono a 10 años parecen chocar frontalmente con lo dispuesto en la [Disposición Adicional Primera](#) del Real Decreto-Ley 9/2013. Habrá que ver si esta declaración de intenciones cristaliza finalmente en una norma. En cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 19.2](#) del RD 413/2014, el diferencial de retribución que reflejase el nuevo período regulatorio aconseja recibir la aprobación de las Cortes. De manera que, si partimos de esta hipótesis, solo una norma con rango legal podrá modificar a la baja, y nunca una norma con rango inferior a ley, salvo que la propia ley disponga expresamente que la Administración queda habilitada para efectuar la modificación; Si bien es cierto que, para el caso de que exista esta cobertura reglamentaria, la ley define las directrices que deben atenderse para efectuar las modificaciones del régimen de primas, esto es, el criterio legal de la rentabilidad razonable (que, aun tratándose de un concepto jurídico indeterminado, será determinable) y, en algunos casos, el mantenimiento de algunos plazos (como si de

una retribución de activos regulados se tratase).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARANA GARCÍA, Estanislao, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (Dir. ALENZA GARCÍA, José Francisco), Ed. Aranzadi, 2014, pp. 133-140.

ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in) seguridad jurídica y de (des) confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, 2016.

BAÑO LEÓN, José María, «"Cave legislatorem". Confianza en el legislador e interés general», en *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables II*, Ed. Aranzadi, 2017.

CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, Manuel, «Regulación como finalidad distinta al derecho a la competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas* (Dir. GUILLÉN CARAMÉS, Javier), Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011.

DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Ed. Aranzadi, 2017.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables. A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», en *Cuadernos de Energía*, núm. 47, 2016.

– «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovable)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156.

DÍAZ RUBIO, Patricia, *El principio de confianza legítima en materia tributaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ESPINOSA GARCÍA, Juan y CONTRERAS DELGADO DE COS, Juan Manuel, «Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2010* (Dir. Lluís Cases), Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, Barcelona.

ESTOA PÉREZ, Abel, «Desincentivos para la obtención de incentivos a la generación renovable», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

– «La limitación de las ayudas de estado a las energías renovables: las nuevas directrices de la Comisión europea y el caso español», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «El control de las ayudas financieras nacionales», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1986.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar, «Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: Distintas soluciones para un

mismo problema», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, ed. Aranzadi, 2017.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La mejora de la eficiencia energética en edificaciones del litoral (propuesta para una interpretación integrada de la legislación de costas y de la normativa sobre eficiencia energética)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014.

– Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética, ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2011.

– «Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010.

PIELOW, Johann-Christian, «La seguridad jurídica en las Energiwende alemana, relativa al fomento de las energías renovables», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, ed. Aranzadi, 2017.

RUIZ OLMO, Irene y DELGADO PIQUERAS, Francisco, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (Dir. ALENZA GARCÍA, José Francisco, Ed. Aranzadi, 2014.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Aunque la demanda no será objeto de estudio en el presente trabajo, destacan las obras de la doctora González Ríos. Vid. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2011; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La mejora de la eficiencia energética en edificaciones del litoral (propuesta para una interpretación integrada de la legislación de costas y de la normativa sobre eficiencia energética)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 195-229; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010, pp. 171-208.

2

Entendida como el conjunto de actuaciones que emanan de la Comisión, el Consejo y el Parlamento, definidas en los tratados internacionales y ratificadas por los Estados miembros para actuar sobre la cantidad, el coste y la condiciones de disponibilidad de las distintas fuentes de energía. Destacando el compromiso de los «*Cinco Veintes*»: 20 % de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, 20 % de reducción en el consumo de energía, promoviendo la eficiencia energética, y 20 % de la energía primaria consumida procedente de fuentes renovables.

3

Como dispone el [artículo 194](#) del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (en adelante, TFUE). DOUE núm. 83, de 30 marzo de 2010.

4

Vid. CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, Manuel, «Regulación como finalidad distinta al derecho a la competencia», en *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas* (Dir. GUILLÉN CARAMÉS, Javier), Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011, p. 87.

5

Estas tarifas o primas, a su vez, pueden fijar un precio de venta legal en su totalidad (*tarifa regulada total*) o un precio fijado en solo una parte (*prima o incentivo regulado que se suma al precio del kWh en el mercado*).

6

ESTOA PÉREZ, Abel, «La limitación de las ayudas de estado a las energías renovables: las nuevas directrices de la Comisión europea y el caso español», en *Revista Española de Derecho Europeo* , núm. 53, 2015, p. 2.

7

Sobre esta cuestión, el Secretario de Estado de Energía, en recientes declaraciones de enero de 2017, se pronuncia sobre la cuestión, disponiendo que la rentabilidad teórica del 7,39 % para productores renovables no se mantendrá en el siguiente período regulatorio, sino que ésta minorará en función de la rentabilidad del bono a 10 años; lo que, como auguran algunos estudios económicos, podría suponer una reducción de la rentabilidad de un 3 %.

8

Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del [Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero](#), de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovable)», en *Revista Española de Derecho Administrativo* , núm. 156, p. 252.

9

DO núm. C 72, de 10 de marzo de 1994. En junio de 1999 la Comisión, tras prórrogas anteriores, decidió prorrogar estas directrices hasta el 31 de diciembre del año 2000 (DO C 184, de 1 de julio

de 2000).

10

DO núm. C 3, de 3 de febrero de 2001.

11

DOUE núm. C 82, de 1 de abril de 2008.

12

DOUE núm. 140, de 5 de junio de 2009.

13

DOUE núm. 200, de 28 de junio de 2014.

14

Es un aspecto destacado en países con una estructura organizativa descentralizada, como España, en el que existen ayudas a la producción de energía renovable que proceden de la Administración Autonómica.

15

Destaca la Decisión de la Comisión « *State aid SA.35177 (2014/NN) –Czech Republic– Promotion of electricity production from renewable energy sources* », de 11/06/2014. La Comisión califica como fondos estatales aquellos empleados para un sistema de prima a la producción renovable cuyos fondos procedían, de un lado, del PGE y, de otro, de un recargo especial soportado por el usuario de servicios de transporte y distribución de electricidad.

16

ESTOA PÉREZ, Abel, «La limitación de las ayudas de estado a las energías renovables...», *op. cit.* , en *Revista Española de Derecho Europeo* , núm. 53, 2015, p. 3.

17

DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «Riesgo regulatorio y

contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 45.

18

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «El control de las ayudas financieras nacionales», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1986, p. 631.

19

Haciéndose extensivo al régimen retributivo de las energías renovables anterior al vigente, esto es, en los [Decreto 661/2007, de 25 de mayo](#), y [Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre](#).

20

Por Auto de la Sección 3 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) emitido en fecha [10 de julio de 2015](#) (JUR 2015, 179532). Disponiendo, en su fundamento jurídico único, que « *No ha lugar a la suspensión del procedimiento que propugna la Administración demandada pues el mero hecho de que la Comisión Europea haya iniciado un procedimiento de examen preliminar a raíz de la notificación formulada por las autoridades españolas no es causa bastante para que se suspenda de manera indefinida la tramitación del presente litigio, a resultad de lo que resuelva la Comisión Europea; suspensión a la que, por lo demás, se ha opuesto la parte recurrente* ».

21

Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar, «Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: Distintas soluciones para un mismo problema», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, ed. Aranzadi, 2017, p.199.

22

Vid. a mayor abundamiento sobre los mecanismos de recuperación de ayudas ilegales e incompatibles, DÍAZ RUBIO, Patricia, *El principio de confianza legítima en materia tributaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 138-159.

23

Destaca la sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2016, la cual califica como ayuda de Estado, aunque compatible con el mercado, el sistema alemán de fomento de la electricidad a partir de las energías renovables basado en las propias transferencias financieras realizadas principalmente entre productores renovables y los gestores de las redes de transporte de

electricidad. Según las consideraciones de los ponentes firmantes de la sentencia, « (...) los gestores de las redes de transporte de electricidad actuaban bajo la influencia dominante de los poderes públicos en la medida en que las disposiciones legales y reglamentarias que los regulan permiten asimilar los GTR, colectivamente considerados, a una entidad que ejecuta una concesión estatal (...) ». Así, el Gobierno alemán recurrió esta sentencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que deberá pronunciarse sobre la cuestión en los próximos meses. Vid. a mayor abundamiento PIELOW, Johann-Christian, «La seguridad jurídica en las Energiwende alemana, relativa al fomento de las energías renovables», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, ed. Aranzadi, 2017, pp. 168-171.

24

ESTOA PÉREZ, Abel, «La limitación de las ayudas de estado a las energías renovables...», *op. cit.*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, p. 7.

25

Vid. ESPINOSA GARCÍA, Juan y CONTRERAS DELGADO DE COS, Juan Manuel, «Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2010* (Dir. Lluís Cases), Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, Barcelona, p. 160.

26

La intensidad de la ayuda compatible con el mercado, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 107.3.a](#) del TFUE, podrá alcanzar el 100 % si median procesos de licitación en la concesión de ayudas a grandes, medianas y pequeñas empresas.

27

Es el denominado « efecto suspensivo » en tanto se resuelve el examen por parte de la Comisión Europea. Vid. [artículo 108.3](#) TFUE, « La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al [artículo 107](#), la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva ».

28

DOUE núm. 248, de 24 de septiembre de 2015.

DOUE núm. 187, de 26 de junio de 2014.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources.

Article 4 (Financial support for electricity from renewable sources) « *1. Subject to State aid rules, in order to reach the Union target set in Article 3(1), Member States may apply support schemes. Support schemes for electricity from renewable sources shall be designed so as to avoid unnecessary distortions of electricity markets and ensure that producers take into account the supply and demand of electricity as well as possible grid constraints. 2. Support for electricity from renewable sources shall be designed so as to integrate electricity from renewable sources in the electricity market and ensure that renewable energy producers are responding to market price signals and maximise their market revenues. 3. Member States shall ensure that support for renewable electricity is granted in an open, transparent, competitive, non-discriminatory and cost-effective manner. 4. Member States shall assess the effectiveness of their support for electricity from renewable sources at least every four years. Decisions on the continuation or prolongation of support and design of new support shall be based on the results of the assessments* ».

Article 6 (Stability of financial support): « *Without prejudice to adaptations necessary to comply with State aid rules, Member States shall ensure that the level of, and the conditions attached to, the support granted to renewable energy projects are not revised in a way that negatively impacts the rights conferred thereunder and the economics of supported projects* ».

Cfr. la Comunicación « *Estrategia Marco la Unión de la Energía residente con una política climática prospectiva* » de 25 de febrero de 2015 (COM [2015] 80 final) y la Comunicación « *Estado de la Unión de la Energía 2015* » de 18 de noviembre de 2015 (COM [2015] 572 final) que incluye la hoja de ruta hacia la Unión de la Energía (anexo I).

BOE núm. 23, de 27 de enero.

35

BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

36

BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

37

BOE núm. 285, de 28 de noviembre.

38

BOE núm. 312, de 30 de diciembre.

39

BOE núm. 151, de 24 de junio.

40

BOE núm. 235, de 30 de septiembre.

41


BOE núm. 210, de 2 de septiembre.

42

BOE núm. 75, de 27 de marzo.

43

El titular de instalaciones de generación de energía eléctrica basada en fuentes de energía primaria renovable, residuos o cogeneración podrá optar entre dos formas de retribución de la electricidad generada. De un lado, podrá vender la electricidad a la distribuidora de la zona a tarifa regulada, mientras que, de otro, podrá vender libremente en el mercado, esto es, acudiendo al mismo o formalizando contratos bilaterales con comercializadoras, obteniendo una prima que

se suma al precio del KWh en el mercado. Este modelo de tarifa regulada total y parcial, respectivamente, permaneció vigente hasta la entrada en vigor del  [Real Decreto-ley 2/2013](#), que eliminó la opción de prima o incentivo.

44

Además, el tomar como referencia la tarifa media provocaba que, por ejemplo, una subida del precio del petróleo, que convirtiese la energía de determinados productores más cara, elevase la tarifa media a pagar por el consumidor y, consecuentemente, la prima a recibir por los productores fotovoltaicos que, sin embargo, no necesitan de combustibles para generar electricidad. Asimismo, la prima genera un déficit que se paga con cargo a la factura eléctrica, por lo que la tarifa media seguiría ascendiendo progresivamente generando, nuevamente, mayores primas a abonar a los productores acogidos al régimen especial de producción renovable.

45

BOE núm. 306, de 23 de diciembre.

46

BOE núm. 74, de 28 de marzo.

47

BOE núm. 150, de 24 de junio.

48

BOE núm. 126, de 26 de mayo.

49

BOE núm. 160, de 5 de julio.

50

BOE núm. 234, de 27 de septiembre.

51

BOE núm. 111, de 30 de abril.

52

BOE núm. 55, de 5 de marzo.

53

BOE núm. 24, de 28 de enero.

54

Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios...», op. cit., *REDA*, núm. 156, pp. 218-219.

55

BOE núm. 78, de 31 de marzo.

56

BOE núm. 168, de 14 de julio.

57

BOE núm. 312, de 28 de diciembre.

58

BOE núm. 314, de 31 de diciembre.

59

BOE núm. 29, de 2 de febrero.

60

BOE núm. 167, de 13 de julio.

61

BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

62

BOE núm. 140, de 10 de junio.


63

BOE núm. 150, 20 de junio.



64

Vid. ESTOA PÉREZ, Abel, «Desincentivos para la obtención de incentivos a la generación renovable», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 2-3.

65

Vid.  [STS núm. 1259/2016](#) (RJ 2016, 3449) (Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera). La cual dispone, en su fundamento de derecho cuarto, que « *La modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incide, sin duda, en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, pero no implica una retroactividad prohibida, al no afectar a los derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas. Tan solo afecta al cómputo global de la rentabilidad que tienen derecho a percibir los titulares de estas instalaciones, sin incidencia alguna sobre las cantidades percibidas en el pasado. Lo contrario supondría reconocer el derecho consolidado a percibir una determinada rentabilidad también para el futuro, negando al legislador la posibilidad de establecer una rentabilidad global distinta para estas instalaciones a lo largo de toda su vida útil que se separase de aquella que ya venían percibiendo* », p. 15.

66

Cfr. las  [Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio](#) (RJ 2011, 5154) y  [8 de noviembre de 2011](#) (RJ 2012, 1079), disponiendo, en relación al régimen económico del sistema eléctrico, que « (...) las competencias normativas del Estado pueden configurar, como así ha sido, una regulación única y uniforme para todo el territorio nacional (...). El Estado es competente en cuanto a la gestión económica del sistema eléctrico, en coherencia con la concepción unitaria de dicho sistema que asumió en su momento la Ley del Sector Eléctrico (...) » .

Vid. [STC núm.18/2011, de 3 de marzo](#) (RTC 2011, 18), señalando, en su fundamento jurídico diecinueve, que « (...) *la implantación de un régimen único de retribución de las actividades de suministro de energía eléctrica, que nivele los superiores costes en los sistemas insulares, implicaría un desdopoderamiento de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias para tomar decisiones que aun versando sobre instalaciones intracomunitarias tuvieran repercusión sobre la cobertura económica de carácter integral dispuesta a nivel nacional* ».

Artículo 13.2.d) LSE, el cual dispone que « *Los costes del sistema serán financiados mediante los ingresos del sistema eléctrico que comprenderán: d) las partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado destinadas a cubrir, entre otros, las cuantías que se determinen correspondientes a los costes del régimen retributivo específico para el fomento de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables y al extracoste de la actividad de producción en los sistemas eléctricos en los territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional* ».

Se trata de un proceso de subida que comienza con la LSE de 1997, que continúa con el [RD 2818/1998](#) y [RD 436/2004](#); y que empieza a ver su declive o bajada con el [RD 661/2007](#), continúa con el [RD 1578/2008](#) y [RD 1/2012](#), y cristaliza su bajada definitiva con el [RD 9/2013](#).

ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in) seguridad jurídica y de (des) confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, 2016, pp. 2-5.

RUIZ OLMO, Irene y DELGADO PIQUERAS, Francisco, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (Dir. ALENZA GARCÍA, José Francisco, Ed. Aranzadi, 2014, pp. 55-59).

Destacan [SSTS 6317/2006, de 25 de octubre](#) (RJ 2006, 8824), 2590/2012, de 12 de abril, 2578/2012, de 23 de abril, 2798/2012, de 26 de abril, 2827/2012, de 3 de mayo, 4576/2014, de 13 de enero, [1259/2016, de 1 de junio](#) (RJ 2016, 3449) y 1461/2016, de 20 de junio. Asimismo, el TC ha seguido la doctrina del TS, vid. [STC 183/2014](#) (RTC 2014, 183), donde admite que, a pesar de no existir una correcta técnica legislativa, los cambios regulatorios no atentan contra la seguridad jurídica.

73

Ya que las tasas de retorno de inversión, como consecuencia del alto coste de las instalaciones renovables, han sido notablemente mayores que las propias del sistema tradicional de producción. Vid., *in extenso*, ARANA GARCÍA, Estanislao, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (Dir. ALENZA GARCÍA, José Francisco), Ed. Aranzadi, 2014, pp. 133-140.

74

STS 3109/2010, de 1 de junio; STS 3178/1999, de 10 de mayo; [STS 1461/2016, de 20 de junio](#) (RJ 2016, 6675); [STC 183/2014](#) (RTC 2014, 183).

75

Destaca la [STS 1463/2016, de 20 de junio](#) (RJ 2016, 3696). El tribunal considera que el nuevo régimen retributivo de las instalaciones de tratamiento y reducción del purín (Anexos II y VIII de la [Orden IET/1045/2014, de 16 de junio](#), por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos) atenta contra la confianza legítima de los inversores, por lo que obliga a la Administración a aprobar, en el plazo de 4 meses, una norma que sustituya a los anexos que se anulan.

Sobre esta sentencia, Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar, «Riesgo regulatorio en el sector...», *op. cit.*, p. 196, a propósito del posible trato discriminatorio con respecto al resto de colectivos de inversores que también verán atacada su confianza legítima con ocasión de los cambios normativos acontecidos en los últimos años, lo cual supone dar un trato diferente a supuestos similares.

76

Vid. [artículo 9.3](#) de la [Constitución Española](#), los [arts. 2](#) y [3](#) del [Código Civil](#) y los [arts. 39.3](#) y [131](#) de la [Ley 39/2015](#) del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Destaca la [STC 6/1983, de 4 de febrero](#) (RTC 1983, 6), y, en pronunciamientos posteriores, las [Sentencias núms. 42/1986, de 10 de abril](#) (RTC 1986, 42), [108/1986, de 29 de julio](#) (RTC 1986, 108), [65/1987, de 21 de mayo](#) (RTC 1987, 65), [126/1987, de 16 de julio](#) (RTC 1987, 126), [150/1990, de 4 de octubre](#) (RTC 1990, 150), [197/1992, de 19 de noviembre](#) (RTC 1997, 197), [173/1996, de 31 de octubre](#) (RTC 1996, 173), [182/1997, de 28 de octubre](#) (RTC 1997, 182), [330/2005, de 15 de diciembre](#) (RTC 2005, 330) y [112/2006, de 5 de abril](#) (RTC 2006, 112), entre otras.

Cfr. [STS 1461/2016, de 20 de junio](#) (RJ 2016, 6675), la cual, inspirada en la [STC 183/2014](#) (RTC 2014, 183), dispone que « (...) *la modificación de la rentabilidad razonable prevista para la vida útil de una instalación incide, sin duda, en situaciones jurídicas creadas antes de la entrada en vigor de dicha norma y que siguen produciendo efectos, pero no implica una retroactividad prohibida, al no incidir sobre derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de tales instalaciones, ni sobre situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas* ». A lo que cabe significar la existencia de un Voto Particular contrario a esta doctrina que, consecuentemente, aboga por la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Disponiendo, expresamente, que « (...) *las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico (...) el preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la " sobre-retribución " de determinadas instalaciones de régimen especial (...) en una situación de crisis económica generalizada, modificaciones análogas a la presenta han sido llevadas a cabo en éste y en otros sectores económicos, que, además, están sometidos a una intervención administrativa más intensa, dada su incidencia en los intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica* ».

Voto particular del Magistrado Sr. Xiol Ríos, letra c) del apartado ii) del número 7, disponiendo que entre los distintos elementos que deben tomarse en cuenta para concluir que la modificación no era imprevisible puede citarse « *la naturaleza de los incentivos en forma de tarifa regulada, que supone una situación excepcional y atípica en un régimen de libre mercado al eliminarse el riesgo empresarial de las inversiones derivadas del sistema de libre competencia* ».

Vid. DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «Riesgo regulatorio y contractualización...», *op. cit.* , p.65.

Vid, *in extenso* , « *Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado, aunque lo hagan más o menos inducidos por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias (...) La práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (...)* ».

En su fundamento jurídico 5 dispone que « (...) *la evolución de la curva de aprendizaje y la progresiva madurez del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta paralela en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél (...) es lógico que ante esta modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la seguridad jurídica* ».

Continúa su fundamento quinto disponiendo que « (...) *Si los operadores que actúan en régimen de libre mercado habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda y la reducción de sus horas de funcionamiento, en especial los de ciertas centrales de generación, no había razones para que, de modo simétrico, los productores de régimen especial, favorecidos respecto de aquéllos en cuanto tenían asegurada la venta de energía producida, a precio regulado, mediante su entrada preferente en el sistema, resultasen inmunes al cambio de circunstancias (...)* ».

« (...) *el sector en su conjunto no podía desconocer que la retribución establecida (...) no podía ser sin*

más aplicable a todas y cada una de las instalaciones fotovoltaicas que, en su conjunto, habían incurrido en aquel exceso (...)».

86

BOE núm. 312, de 24 de diciembre

87

En sus comienzos se denominaba Carta Europea de la energía. A mayor abundamiento sobre su origen, objetivo y naturaleza, Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «La Carta Internacional...», *op. cit.* , pp.50-52.



88

Acerca de esta compatibilidad destaca el estudio de LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar, «Riesgo regulatorio...», *op. cit.* , pp. 205-211.


89

Dictado en el caso Charanne BV and Construction Investments v. Spain – *Case 062/2012* .

90

El TS solicita el análisis y comparación entre el Impuesto Sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (IVPEE) y el  [Impuesto sobre Actividades Económicas](#) (IAE). Entiende que hay razones para pensar que ambos impuestos recaen sobre idéntica manifestación de riqueza de los contribuyentes y que pueden estar gravando el mismo hecho imponible. El Auto del tribunal dispone que la doble imposición no sería por sí misma contraria al principio de capacidad económica definido por el  [artículo 31.1](#) CE, pero « (...) *este Tribunal Supremo no tiene claro (...) que la circunstancia de que el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica someta a tributación la misma capacidad económica por la que los productores de energía eléctrica abonan el impuesto sobre actividades económicas, sin responder nítidamente además a la otra finalidad extrafiscal que teóricamente lo justifica, la medioambiental, no incida sobre dicho principio contributivo, sin cuyo respeto no cabe hablar de tributos constitucionalmente admisibles (...)».*

91

 [Artículo 1262](#) Cc, « *El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato* ».

 [Real Decreto 661/2007](#) y  [Real Decreto 1578/2008](#).

Al contrario de lo sucedido hasta ese momento, ya que en las convocatorias de ayudas (en los años 2007-2008), para energía fotovoltaica, se fijaban precios y condiciones concretas que generaban para el inversor un derecho perfectamente consolidado, esto es, una relación contractual; y no meras expectativas, como defiende la jurisprudencia.

DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «Riesgo regulatorio y contractualización...», *op. cit.*, p. 78.

BAÑO LEÓN, José María, «" *Cave legistatorem* ". Confianza en el legislador e interés general», en *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables II*, Ed. Aranzadi, 2017, p.88. A propósito de una manifestación del principio de confianza legítima como límite de la discrecionalidad en el cambio normativo. El autor defiende que las reformas normativas reflejan un exceso de discrecionalidad que no implica que se tengan que anular para volver al *status quo* anterior, sino que debe recaer en el Estado la obligación de configurar una norma de carácter compensatorio que restablezca el equilibrio económico del operador.

DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «Riesgo regulatorio y contractualización...», *op. cit.*, p. 79.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios...», en *REDA*, *op. cit.*, pp. 253-254.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables. A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», en *Cuadernos de Energía*, núm. 47,

2016, p. 55.

Estudio elaborado en el marco de la Red Temática “Nuevos retos en Europa en materia de servicios de interés general (en especial la energía, las telecomunicaciones, la educación, la sanidad y los servicios sociales”. Concedido por Resolución de la Comisión de Investigación de la Universidad de Málaga de 28 de abril de 2016. Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga.

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited]